

APA: Woolcott, O. (2020). Cuestiones de responsabilidad civil en la protección de los datos personales. En O. Woolcott & D. F. Monje-Mayorca (Eds.). *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy). Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil* (pp. 43-76). Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133273.2020.2>

Chicago: Woolcott Oyague, Olenka, "Cuestiones de responsabilidad civil en la protección de los datos personales". En *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy). Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil* editado por Olenka Woolcott Oyague y Diego Fernando Monje Mayorca, 43-76. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. doi: 10.14718/9789585133273.2020.2

CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Olenka Woolcott Oyague

2

Preliminares

Como se anota en la introducción de la obra, los derechos de la personalidad están directa o indirectamente relacionados con la protección de datos y así lo ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia al precisar:

La honra, el buen nombre de las personas [...], constituyen, junto con el derecho a la intimidad los elementos de mayor vulnerabilidad dentro del conjunto de los que afectan a la persona a partir de publicaciones o informaciones erróneas, inexactas o incompletas.⁴⁵

Cabe destacar el carácter de derecho fundamental que tiene el derecho a la intimidad tal como lo reconoce la Corte Constitucional de Colombia, por pertenecer a una esfera reservada, no conocida y no divulgada, salvo que algunos elementos sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o porque han trascendido al campo de la opinión pública;⁴⁶ de esta manera se adhiere al Artículo 12 de la Declaración universal de los derechos humanos y otros instrumentos internacionales.

⁴⁵ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-404 de 23 de agosto de 1996*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁶ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia SU-056 de 16 de febrero de 1995*, M. P. Antonio Barrera Carbonell; *Sentencia T-552 de 30 de octubre de 1997*, M. P. Vladimiro Naranjo MEsa; *Sentencia C-567 de 6 de noviembre de 1997*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La violación de la vida privada se puede cometer en forma directa o indirecta por medio de los actos de recolección, comparación, adición o agregación de los datos procesados por medios informáticos.⁴⁷ En cuanto a la vida privada, el derecho a la intimidad también concierne a los personajes públicos en aquel aspecto privado de su vida y desarrollo de la personalidad y se conserva la facultad de exigir la transparencia de los datos que se divulgan, así como la corrección en su tratamiento.

Para la tutela de todo derecho de la personalidad, el ordenamiento jurídico contempla medidas de protección preventivas y sucesivas. Respecto a la tutela preventiva, se manifiesta en las normas que garantizan el derecho de acceso a la información, la cancelación de los datos y de oposición a su tratamiento, al ofrecer los medios y recursos para su defensa. En el grupo de la protección sucesiva se encuentra la tutela resarcitoria, la cual tiene lugar a partir de la producción del daño. Es una verdad irrefutable que la tutela sucesiva no puede restablecer las cosas al estado anterior de la producción del daño, sino solamente mediante la reparación pecuniaria sucesiva con función resarcitoria.⁴⁸

La legislación de protección de datos personales se organiza en los dos sentidos de protección antes señalados —el preventivo y el resarcitorio—. El presente trabajo, que se desarrolla en dos capítulos, busca llamar la atención sobre la perspectiva resarcitoria. Esta adquiere relevancia a partir de la infracción de la normativa de protección de datos y la lesión del bien jurídicamente tutelado, sin perjuicio de las dificultades que involucra la determinación del supuesto de responsabilidad civil en los casos de vulneración de los datos personales, más aún cuando el Legislador no ha sido claro en su configuración y, por ende, abre un espectro de posibilidades interpretativas. Ese es el caso de la legislación colombiana en la protección de datos o el de cualquier Legislador sobre un tema como el de los datos personales que pareciera diluirse en la velocidad que conlleva la tecnología.

Cabe advertir que la previsión de una serie de deberes de seguridad en la normativa de protección de datos y la identificación del riesgo o de los riesgos que el Legislador trata de evitar no son sino síntomas de la peligrosidad inherente (*in re ipsa*) del tratamiento de datos personales. A este respecto, algunos se han

⁴⁷ Vittorio Frosini, *Informática y derecho* (Bogotá: Temis, 1988).

⁴⁸ Levita Luigi, "Il risarcimento del danno da violazione della *privacy*" *Diritto.it*, https://www.diritto.it/stampa-articolo/?articolo_id=15829 (acceso marzo 26, 2019).

referido a la “nueva vulnerabilidad” a la que se ven expuestos los titulares de datos personales y a la necesidad de asegurar la privacidad en la era de Internet.⁴⁹

La tutela va referida al tratamiento de datos personales y no se especifica que sea necesariamente aquel realizado por medios electrónicos, de lo cual bien se puede inferir que la protección alcanza al tratamiento manual de los datos. Es indiscutible que el impacto de un tratamiento ilícito de los datos será mayor en la medida que intervenga el instrumento electrónico; sin embargo, esta realidad no desplaza la vulneración de los datos por medios no electrónicos o Internet. Desde luego que, al ser mayor el impacto de la lesión de la intimidad por medios electrónicos, se justificaría una valoración del tratamiento de datos mediante la peligrosidad de la actividad. En cambio, en cuanto al tratamiento manual de los datos, habría que valorar la peligrosidad de acuerdo con el caso concreto de vulneración de la normatividad de protección y determinar si, para este caso, la regla de responsabilidad aplicable es también la norma de la responsabilidad objetiva por riesgo.

Desde este enfoque, la protección de datos personales y la responsabilidad por daños derivados del tratamiento de datos constituye un tema complejo, ya sea desde el ángulo de la conceptualización, la normatividad existente y la escasa o casi nula jurisprudencia relativa a la imputación de daños por vulneración de datos personales, como se observa en el caso del derecho colombiano. La determinación de los sujetos responsables, la determinación de los daños y, sobre todo, el criterio de imputación aplicable, constituyen las aristas que marcan la diferencia en el terreno de la protección de datos personales y que, en el marco de la responsabilidad civil, atraen la atención del debate a la tecnología, que ha facilitado el tratamiento de los datos y, con ello, la creciente exposición de los derechos de la personalidad como la intimidad, el honor y la propia imagen.

Ubicación en el marco internacional de la protección de los datos personales con especial referencia al derecho italiano: reconstrucción de un derecho fundamental

En el plano internacional, la protección de datos personales encuentra un primer asidero normativo en la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, cuyo Artículo 12 consagra el derecho a la intimidad.

⁴⁹ Daniel Solove, “The New Vulnerability: Data Security and Personal Information” en *Securing Privacy in the Internet Age*, eds. Anupam Chander, Lauren Gelman y Margaret Jane Radin (Stanford: Stanford Law Books, 2008).

Señala que toda persona debe ser protegida ante injerencias arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia, así como de ataques contra su honra y reputación. Este precepto también se encuentra en el Artículo 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 2200 A –XXI, de 16 de diciembre de 1966 y, sucesivamente, en el Artículo 11 de la Convención americana de derechos humanos de 1969, de San José de Costa Rica.

Por su parte, el derecho a la protección de datos halla sustento en la Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1950,⁵⁰ firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, en la que se reconoce a la persona el derecho a respetar la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia. Otro documento internacional que sirve de fundamento en este sentido es la Convención de Estrasburgo 108 de 28 de enero de 1981 sobre la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de los datos personales.

La primera ley en Italia relativa a la protección de los datos personales es la Ley 675 de 31 de diciembre de 1996, con la cual se transpuso sustancialmente la Directiva europea 95/46/CE.⁵¹ El objetivo de la mencionada Directiva, justificado por motivos del mercado interno, se manifestó en dos sentidos: primero, en la armonización de las normas de los Estados miembros para evitar que se mantuviera una protección diferente de un Estado a otro, como una barrera para el mercado único y un obstáculo al flujo transnacional de los datos personales; segundo, la Directiva buscó enriquecer los remedios de protección de la persona y de sus datos.

Del tiempo en que se dictó la Directiva europea de 1995 a la actualidad existe una gran diferencia por los acontecimientos sociales y económicos. Fundamentalmente, se atribuye la ocurrencia de un cambio profundo a la tecnología digital, que generó una revolución en la elaboración y el intercambio de los datos informativos y en la comunicación interpersonal, con lo cual se eliminó la distancia

⁵⁰ Consejo de Europa, *Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* (Roma, 4 de noviembre de 1950). Sucesivamente, el Consejo de Europa emanó la Resolución 509 de 1968 sobre los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos, con el propósito de proteger la privacidad ante las nuevas tecnologías.

⁵¹ Carlo Castronovo, "Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali" *Europa diritto privato*, núm. 3 (1998), <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/414290> (acceso febrero 20, 2019).

geográfica y temporal, y se dio lugar a una deslocalización de las relaciones humanas, lo que caracteriza el estadio actual de la privacidad moderna.⁵²

La gran cantidad de datos personales en circulación se ve impulsada por los medios electrónicos y la disposición de nuevas tecnologías que determinan que los instrumentos de recolección y el tratamiento de la información personal sean más complejos, lo que incrementa el riesgo para los titulares de los datos de ser afectados en su intimidad e identidad personal.⁵³ El nacimiento del derecho a la protección de datos debe atribuirse al desarrollo de la tecnología informática y telemática, así como al rol que ha adquirido la información en la sociedad del siglo XXI. En esta realidad de la información, los sujetos son conscientes de que no pueden oponerse a la circulación de la información, pero al mismo tiempo lo son de los peligros que puede acarrear dicha circulación para los derechos y el ejercicio de las libertades individuales, de cara a lo cual es necesario que el ordenamiento jurídico les garantice un poder de control de sus datos personales.

Para estar acorde con la nueva realidad de la información, se dictó en Italia el Decreto legislativo 196 de 30 de junio de 2003, conocido también como el Código de la Privacidad, cuyo Artículo 4 se refiere a los datos personales como “cualquier información relativa a la persona física, identificada o identificable, aun indirectamente, mediante una referencia a cualquier otra información, incluyendo un número de identificación personal”.⁵⁴ Esta definición ha sido modificada por el Artículo 40, inc. 2, letra a) del Decreto legislativo 201 de 6 de diciembre de 2011.

Ante la extrema exposición al peligro de afectarse la identidad personal por la manipulación o el tratamiento de los datos, con la consiguiente invasión de la esfera privada como consecuencia de la difusión masiva que permiten los medios electrónicos, surge la necesidad de evitar que la intimidad o privacidad pueda ser objeto reiterado de ataques por parte de terceros y, al mismo tiempo, surgen nuevas exigencias de tutela de la personalidad.

⁵² Vincenzo Zeno-Zencovich y Andrea Zoppini, “La disciplina dei servizi telematici nel quadro delle proposte comunitarie di tutela dei dati personali” *Diritto e Informatica* (1992).

⁵³ El problema ha sido examinado por Vittorio Frosini, *Il diritto nella società tecnologica* (Milán: Giuffrè, 1981); Marialuisa Gambini, *Dati personali e internet* (Nápoles: Scientifiche Italiane, 2008); Antonio-Enrique Pérez Luño, “Vittorio Frosini y los nuevos derechos de la sociedad tecnológica”, *Informatica e diritto I*, núm. 1-2 (1992), http://www.ittig.cnr.it/EditoriaServizi/AttivitaEditoriale/InformaticaEDiritto/1992_01-02-PerezLuno101-112.pdf (acceso febrero 20, 2019).

⁵⁴ Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003*, “Código en materia de protección de los datos personales” (Roma, *Gazzetta Ufficiale* núm. 174, 30 de junio de 2003), art. 4.

Esta etapa que experimenta la protección de la intimidad personal hace que sea apreciada ya no como en otros tiempos —como el derecho del individuo a ser dejado solo en su mundo privado—,⁵⁵ sino que permite al sujeto desarrollar su personalidad en todas sus facetas, es decir, el derecho a la intimidad se afirma con la protección de la libertad existencial del sujeto, presupuesto para que este pueda decidir su propio “proyecto de vida”,⁵⁶ incluso decidir profesar una determinada religión, pertenecer a grupos de defensa de ciertos derechos civiles y políticos, etc., sin riesgo a discriminación alguna, con lo cual el derecho a la intimidad o privacidad alcanza hoy contenidos múltiples, en el sentido de que posibilita el desenvolvimiento de la personalidad.

La reflexión precedente en torno a una realidad multiforme que hoy tiene el derecho a la intimidad personal lleva a entender que la legislación, desde el marco internacional de protección, se refiera más bien a una “protección de los datos personales” que a la protección de la intimidad o privacidad, aunque el empleo de este vocablo se haya mantenido en algunos países —como Italia— para comprender con dicha expresión la normatividad de protección de los datos personales.

Por su parte, la Carta de los derechos fundamentales del Consejo y de la Comisión de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento el 7 de diciembre de 2000, a su vez integrada en el Tratado de Lisboa y, por ende, vinculante para la Unión europea, consagra en el Artículo 8 el derecho a la tutela de los datos personales. Se trata de un instrumento internacional que destaca la exigencia de proteger los derechos fundamentales de los individuos y entre estos se comprende el relativo a los datos personales. La Carta contempla en el Artículo 7 el derecho

⁵⁵ Edward Bloustein, “Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser”, *New York University Law Review* vol (1964): 962, 964; William Prosser, “Privacy” *California Law Review*, núm. 48 (1960): 383, 388, 389.

⁵⁶ Sobre el daño al proyecto de vida y su fundamento en la libertad en ejercicio o libertad proyectada por la persona de acuerdo con sus convicciones más profundas que lo distinguen de otro ser, puede verse Carlos Fernández Sessarego, “Daño a la persona y daño moral en la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana actual” *Temis*, núm. 38 (1998), <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110348.pdf> (acceso enero 24, 2019); “El ‘daño a la libertad fenoménica’ o ‘daño al proyecto de vida’ en el escenario jurídico-contemporáneo” *Persona*, núm. 73 (junio 2008), <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=48436&print=2> (acceso enero 24, 2019); Olenka Woolcott y Diego Monje, “El daño al proyecto de vida: noción, estructura y protección jurídica según los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH” *Utopía y Praxis latinoamericana* 23, Suplem. 2 (2018), <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27957770009> (acceso enero 24, 2019).

al respeto de la propia vida privada y familiar, del propio domicilio y de las comunicaciones y en el Artículo 8, el derecho de todo individuo a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen. Esta norma prevé:

Tales datos deben ser tratados según el principio de lealtad, para fines determinados y en base al consentimiento de la persona interesada o para cualquier otro fundamento legítimo previsto en la ley. Cada individuo tiene el derecho de acceder a los datos recolectados que le conciernen y de obtener la rectificación. El respeto de estas reglas se sujeta al control de una autoridad independiente.⁵⁷

El Tratado de Lisboa sobre el funcionamiento de la Unión Europea reconoce el derecho a la protección de los datos personales como derecho individual. Por una parte, el Artículo 6 reconoce los derechos consagrados en la mencionada Carta, a los cuales se les asigna el mismo valor jurídico del Tratado, así también a la protección de los datos personales. El Artículo 16 del Tratado consagra el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan y el Artículo 39 del mismo Tratado prevé una extensión de la protección de los datos incluso en el específico sector de la política exterior y seguridad común. Finalmente, se precisa en el mismo Tratado que el respeto de dichas normas se sujeta al control de autoridades independientes.

De acuerdo con el marco internacional del derecho a la protección de los datos personales y en la sucesiva recepción que va teniendo este derecho en los ordenamientos jurídicos, se puede señalar que el contenido del derecho a la protección de los datos consiste en el derecho que tiene cada uno a que sus datos sean tratados por terceros dentro de los estándares definidos por la ley y que cada quien sea capaz de controlar el tratamiento de sus datos, así como poder establecer las condiciones y los límites del tratamiento.

En lo que se refiere a definir la naturaleza del derecho a la protección de los datos personales, se puede afirmar que ha devenido en un derecho fundamental, no solo porque se desprende de la consagración del derecho a la intimidad en las respectivas Constituciones o Cartas fundamentales de los Estados y una progresiva referencia expresa en los textos fundamentales a la protección de

⁵⁷ Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea, *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (Niza: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 18 de diciembre de 2000), art. 8.

los datos personales,⁵⁸ con el espectro de facultades que se comprenden en este derecho, del cual surge una serie de deberes que la legislación especial impone a los responsables del tratamiento de datos, sino también porque los ordenamientos jurídicos han ido dando forma a un nuevo derecho específico a la protección de los datos personales por la vía de la legislación especial.

En este sentido, la doctrina italiana mayoritaria ha contemplado el derecho a la protección de datos personales como un derecho de rango primario y lo ubica entre los derechos de la personalidad; para ello se remite al Decreto Legislativo 196 de 30 de junio de 2003, cuyo Artículo 1 precisa que “toda persona tiene el derecho a la protección de los datos personales que le conciernen”.⁵⁹

En línea con el referido marco jurídico internacional, se puede hablar de una reconstrucción del derecho a la protección de los datos personales como un derecho fundamental que, en la actualidad, tiene carácter autónomo, como lo demuestran la normatividad internacional antes citada y la legislación especial sobre protección de datos personales en los Estados. Con ello concreta una necesidad sentida a partir de la segunda parte del siglo XX, como consecuencia de la circulación de la información: que el tratamiento de los datos sea en el plano nacional como en su transmisión transfronteriza, la cual se ve incrementada en las últimas décadas de ese siglo por la herramienta tecnológica.

⁵⁸ Tal es el caso de la Constitución de México (2009, art. 16) y la de Panamá (2004, art. 42), que se refieren expresamente al derecho a la protección de datos personales. En otras Constituciones se hace referencia a la información, al dato personal o al dato, y a la circulación, rectificación y actualización de datos, como es el caso de las Constituciones de Perú (1993, art. 2 y art. 6), Colombia (1991, art. 15) y Argentina (1994, art. 43), entre otras. El proceso de referencia expresa ha sido progresivo, conforme lo revela un estudio de Remolina Angarita en el que da cuenta que, en un primer momento, se crearon derechos de los titulares de datos frente a los sistemas de información estatales y, con posterioridad, surgieron textos constitucionales que contemplaron la protección de los datos tanto frente a las entidades públicas como frente a las privadas, hasta consagrarse los derechos de acceso, corrección, confidencialidad, rectificación, actualización o eliminación de los datos. Del mismo modo, se crearon las acciones constitucionales de “*habeas data*”, “amparo” y “acción de protección de privacidad” (Constitución de Bolivia de 2004, art. 130). Las Constituciones del siglo XXI, como las de México y Panamá, se caracterizan por incorporar no solo la referencia puntual al derecho de protección de datos personales, sino además, al consentimiento del titular del dato y a la gratuidad del acceso a los datos personales y se crea el derecho de oposición (Constitución de México de 2009, art. 16 y de República Dominicana de 2010, art. 44), Nelson Remolina Angarita, “Aproximación constitucional de la protección de datos en Latinoamérica”, *Revista internacional de protección de datos personales*, núm. 1 (julio-diciembre 2012), https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/7_-Nelson-Remolina.pdf (acceso enero 24, 2019).

⁵⁹ Cessare Mirabelli, “Le posizioni soggettive nell’elaborazione elettronica dei dati personali” *Diritto e Informatica* (1993); Francesco Busnelli, “Spunti per un inquadramento sistematico” en *Le nuove leggi civili commentate*, eds. Massimo Bianca y Francesco Busnelli (Padua: Cedam, 1999); Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 196 de 2003, art. 1*.

La evolución internacional que ha tenido el tratamiento de datos da cuenta del paso de un enfoque del problema desde una perspectiva de protección del derecho a la intimidad personal, traducida en la vida privada de la persona y su familia,⁶⁰ a un enfoque de protección de un derecho autónomo a la protección de los datos personales. El primer enfoque se ve reflejado en la Directiva Europea 95/46/CE que, respecto a su objeto, señala:

Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.⁶¹

El segundo enfoque que alcanza a concretar la protección de un derecho autónomo, aunque sin negar el contexto del derecho a la intimidad de la vida privada, se ve reflejado, sin duda alguna, en la citada Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, cuyo Artículo 8 contempla la protección de datos personales como un derecho fundamental, autónomo e independiente del derecho a la vida privada y familiar que prevé en el Artículo 7 del mismo texto, consagración que se verá redimensionada en la doctrina europea.⁶²

Si bien se observa un cambio en el enfoque normativo de la protección de los datos, no puede negarse que el derecho de tal protección se asienta, aunque no de modo exclusivo, en la protección de la privacidad de la persona como una manifestación o expresión de la propia personalidad; de allí que, a menudo, la vulneración de un derecho coincida con la del otro, aunque no necesariamente. Además, las implicaciones de los datos en el plano del derecho privado y del derecho público han determinado la necesidad de reconocer su autonomía para acentuar la protección de la circulación de los datos en cuanto tales, trátense de

⁶⁰ De esta primera aproximación a la protección de la información personal dan cuenta el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981 para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que destaca el énfasis por “el derecho al respecto de la vida privada”. Consejo de Europa, *Convenio 108 para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal* (Estrasburgo, 28 de enero de 1981), considerando 1.

⁶¹ Esta Directiva se refiere a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Directiva 95/46/C* (Luxemburgo, 24 de octubre de 1995), art. 1.

⁶² En esta línea, Concepción Conde Ortiz, *La concepción de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad* (Madrid: Dikynson, 2006).

datos privados, semiprivados, públicos o sensibles, es decir, debe protegerse a la persona ante todo tratamiento de datos, de lo cual se desprende el carácter autónomo de la protección de este derecho respecto al derecho fundamental a la intimidad personal, pues existirán situaciones en las cuales la infracción del derecho de protección de datos también afecte otros derechos, como el derecho al buen nombre, el derecho al honor, el derecho al trabajo, entre otros.⁶³

El tratamiento ilícito de los datos personales y las cuestiones de responsabilidad civil con especial atención al resarcimiento del daño no patrimonial en el derecho italiano

El problema del resarcimiento de los daños como consecuencia de una conducta imputable se manifiesta con relieves particulares a propósito del tratamiento de los datos personales y merece un análisis desde diversas ópticas. La perspectiva de análisis que se tiene en el presente capítulo corresponde a la responsabilidad civil y, en este marco, se concentra la atención en el resarcimiento del daño y en sus presupuestos, en los que se identifican posturas discordantes sobre si la simple conducta de violación de la normativa de protección de datos personales constituye per se un daño resarcible.

Frente al problema que se pone para la responsabilidad civil, se propone sostener que la violación de la normativa de protección de datos, aunque sea una conducta sancionable, no produce por sí misma un daño resarcible para el interesado. En otros términos, la vulneración de la norma no constituye per se un daño resarcible.

En relación con el tratamiento ilícito de datos personales, se debe determinar si basta la lesión del interés tutelado para que proceda el resarcimiento del daño o si es necesario demostrar las consecuencias dañosas ulteriores a dicha lesión y, de ser este el caso, cabe determinar cuáles son dichas consecuencias.

No se duda de que la protección de los intereses a la que va dirigida la normativa se refiera o consista, de una u otra manera, en los derechos de la personalidad, como el derecho a la privacidad, a la identidad, al honor y a la

⁶³ Al respecto, son ilustrativos los ejemplos que señala Remolina Angarita sobre el ingreso sin autorización a una casa, pues se vulnera el derecho a la intimidad, pero no así el derecho a la protección de los datos; viceversa, cuando se publican datos erróneos sobre el comportamiento de una persona sin su autorización, se vulnera el derecho a la protección de los datos y no el derecho a la intimidad. Remolina Angarita, "Aproximación constitucional", 6.

reputación, intereses todos estos que tienen además un marco constitucional de protección. Dada la naturaleza de los intereses en cuestión, se desprende que su vulneración da lugar a la configuración de un daño no patrimonial, sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que puedan derivarse. No obstante, cuando estos intereses se involucran a partir de la vulneración o infracción de la normativa de protección de datos, cabe reconocer, a los fines de un eventual resarcimiento de los daños, que este puede tener lugar no por la directa vulneración del derecho de la personalidad afectado, sino por la infracción de la normativa de protección de datos que, a su vez, protege el derecho de la personalidad.⁶⁴

Desde esta perspectiva, el resarcimiento del daño no derivaría de la vulneración del derecho a la intimidad, que se encuentra, en tanto derecho de la personalidad, tutelado fuera de la normativa de protección de datos, sino de la vulneración del interés contenido en las normas de protección de datos personales, por infracción de las obligaciones allí contenidas. Se trata de una perspectiva que parte de una concepción amplia de la intimidad que, como se anotó en la introducción del capítulo, alcanza a comprender el derecho de control de la información que tiene una persona, con lo que se supera la clásica acepción restringida del denominado “right to be alone” o derecho a estar solo.

La normativa de la privacidad o protección de datos personales en Italia admite, de modo general, el resarcimiento del daño no patrimonial, pero su aplicación exige por parte del operador del derecho una identificación del interés lesionado. Con esta lógica, no basta considerar que el derecho a la intimidad se encuentra en la base de la normatividad de protección de un modo general como derecho al control de la información; en otros términos, no basta sostener un derecho general a la protección de los datos, sino que, a los fines del resarcimiento, es necesario identificar la *ratio* contenida en la norma que ha sido violada y así determinar los intereses lesionados del sujeto en particular. Se tendrá que verificar que el interés tutelado por la norma de protección sea del directamente interesado y no se trate de un interés general del conglomerado social a la circulación de la información.⁶⁵

⁶⁴ Así se ha señalado que las normas de protección de datos personales se refieren a proteger precisamente los datos personales de cara al tratamiento informático y no a la protección específica del derecho de la intimidad u otros derechos de la personalidad, Ettore Giannantonio, “Responsabilità civile e trattamento dei dati personali” *Diritto e informatica* (1999).

⁶⁵ Paolo Cendon, “Danni non patrimoniali: verso dove stiamo andando” en *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, eds. Ugo dal Lago y Raniero Bordon (Milán: Giuffrè, 2005).

Se sabe que la normativa de la protección de datos surge como una respuesta a la necesidad de hacer frente a los riesgos de la incursión de las nuevas tecnologías en el manejo de los datos de modo masivo, de lo cual se entiende la existencia de disposiciones que buscan prevenir al individuo ante estos riesgos. Es el caso de los estudios de mercado, por medio de los cuales se recaba una gran cantidad de datos que sirven para clasificar grupos de consumidores, en cuyo caso no hay un interés directo protegido; sin embargo, el derecho a oponerse al tratamiento de los datos así recolectados le concierne de manera indirecta y ese derecho tutela un interés a que no se tomen decisiones de mercado que lo puedan involucrar con base en los datos obtenidos. La vulneración de ese derecho de oposición no acarrearía los daños no patrimoniales, porque no concierne a un interés directo del titular de los datos.⁶⁶

Para que haya un resarcimiento del daño por infracción normativa, se debe estar ante la vulneración de una norma que proteja directamente el interés individual del titular de datos. Por ejemplo, cuando se trata de una norma que dispone que se adopten medidas de seguridad en la conservación de los datos, la infracción daría lugar a responsabilidad en la medida que se produzca el daño. Del mismo modo, en el caso de que se hubiera procedido al tratamiento de datos personales sin el debido consentimiento, de lo cual sí deriva un daño que debe ser indemnizado, siempre que concurren los demás elementos de la responsabilidad.

A este punto, el derecho italiano, una vez admitida la posibilidad de la reparación del daño no patrimonial por infracción de la normativa de protección de datos, ha ensayado por vía jurisprudencial diversos criterios para determinar cuándo el daño así generado es indemnizable. En esta línea se ha postulado que ese criterio sea el de la gravedad de la lesión derivada del ilícito tratamiento de datos personales. Sin embargo, esta posición de la jurisprudencia italiana ha tenido opositores, dado que la normativa de protección de datos en ese país es clara al disponer el resarcimiento del daño no patrimonial sin establecer diferencias para su aplicación en función de si el daño o la lesión es grave.⁶⁷

⁶⁶ Shaira Thobani, "Il danno non patrimoniale da trattamento illecito dei dati personali", *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica* 33, núm. 2 (2017).

⁶⁷ Alessandra Riccobene, "Il danno cagionato per effetto del trattamento e diversi modelli risarcitori" en *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, ed. Rocco Panetta (Milán: Giuffrè, 2006).

Un criterio que puede servir para determinar el resarcimiento del daño no patrimonial es la naturaleza especial de los datos que han sido difundidos.

En síntesis, se puede afirmar que para la jurisprudencia italiana, la mera cognoscibilidad de los propios datos de parte de terceros, en la medida que no exista una lesión de la identidad personal, del honor, de la reputación o de la propia esfera de intimidad, no es suficiente para activar el resarcimiento y, fuera de casos en los que se lesionen los derechos de la personalidad, la jurisprudencia requiere al interesado al menos la prueba de haber padecido disturbios o sufrimiento como consecuencia del tratamiento de datos.

Las molestias y el sufrimiento que experimenta el interesado son resarcibles a la luz del Artículo 15 del Código de la Privacidad, en la medida en que sean probados por el interesado, aun por vía de las presunciones.⁶⁸ En este sentido, el daño consiste en las molestias o el fastidio que padece el interesado o titular de los datos. En algunos casos, respecto a la resarcibilidad del daño por tratamiento ilícito de datos, puede bastar el mero evento del daño, es decir, la lesión del interés o derecho de la personalidad, lo cual se puede justificar con base en un valor especial que reconoce el ordenamiento jurídico a estos intereses o a la conciencia social que se tiene frente a determinados intereses fundamentales. En estos casos sucederá que la violación del interés da lugar por sí mismo a la indemnización, sin importar que el afectado hubiera sufrido un daño ulterior. En este sentido, es resarcible el daño no patrimonial que padece una persona por violación de su honor aun cuando se encuentre en estado de imposibilidad de comprender y entender lo que le sucede.

En los casos señalados se trata de una presunción de daño *in re ipsa*, como lo ha considerado la jurisprudencia italiana, que en realidad podría cuestionarse por vía de la prueba en contrario, en el sentido de probarse que la persona no sufrió daño alguno.⁶⁹ Cuando son otros los intereses vulnerados, de acuerdo con la normativa de protección de datos personales, será necesario que, además de la infracción normativa, se acredite un empeoramiento de la existencia del individuo titular de los datos, pues por dicha infracción experimenta molestias o fastidio que afectan su existencia.

⁶⁸ Un estudio sobre las presunciones en la responsabilidad civil se expone en Ramón Antonio Peláez Hernández, "Las presunciones en el contexto de la responsabilidad civil y su aplicación en la jurisprudencia colombiana" en *La modernización del derecho privado*, eds. Olenka Woolcott y Diego Monje-Mayorca (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018).

⁶⁹ Thobani, "Il danno".

Un caso recientemente resuelto por la Corte Suprema de Italia, en enero de 2017, se refiere a un señalamiento ilegítimo ante una central de riesgos que formula una entidad bancaria respecto a un deudor titular de una cuenta corriente bancaria, en razón de lo cual este último demanda el resarcimiento de un genérico daño no patrimonial como consecuencia de la lesión de la reputación personal y comercial. En el caso existían razones para que el deudor se negara al pago.⁷⁰ Al pronunciarse sobre este caso, la Corte confirmó la tesis según la cual no basta el tratamiento ilícito de los datos personales para configurar el supuesto de responsabilidad; en otros términos, el tratamiento ilícito no configura *in re ipsa* un daño, toda vez que el daño, sea patrimonial o no patrimonial, debe ser probado. Se trae a colación la presente sentencia puesto que, si bien se pronuncia sobre un problema de tratamiento ilícito de datos personales por parte del banco, se dedica de manera especial y muy puntual a abordar el debate de si en el caso procede resarcir el daño no patrimonial.

Como se observa, el problema central del caso consiste en determinar si, ante un tratamiento ilícito de los datos, procede el resarcimiento del daño patrimonial, es decir, si este puede ser considerado un reflejo *in re ipsa* de la referida ilicitud, como reacción al ilícito señalamiento en la central de riesgo y como una respuesta automática a la necesidad de tutelar a la persona o, por el contrario, si el daño tiene que representar una consecuencia de la lesión del interés protegido y que, como tal, debe ser siempre probada por el actor.⁷¹

El problema se evidencia en la medida en que existen reiterados pronunciamientos de la jurisprudencia italiana que condenan a las centrales de riesgo por una señalación errónea, respecto a lo cual las Cortes evalúan la licitud o ilicitud de la conducta en función de los presupuestos o las modalidades de tal señalación, en lugar de determinar una violación del derecho a la intimidad.⁷²

⁷⁰ Puede verse la Sentencia de Casación Civil núm. 1931, del 25 de enero de 2017, en Massimo Foglia, "Illegittima segnalazione alla centrale dei rischi e danno *in re ipsa*", *Responsabilità civile e prevenzione* 82, núm. 3 (2017), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6195522> (acceso enero 28, 2019).

⁷¹ Marielena Gorgoni, "Misure di contenimento del rischio del crédito e tutela della reputazione [Nota a sentenza: Cassazione civile, sezione I, 24 maggio 2010, n. 12626]", *La responsabilità civile* 4 (2011), https://operfor.unisalento.it/c/document_library/get_file?uuid=e8abc7f3-068a-4666-95eb-fcdd8b444769&groupId=6744035 (acceso enero 30, 2019).

⁷² Valerio Sangiovanni, "Segnalazione alla Centrale dei rischi e questioni di responsabilità civile", *Danno e responsabilità* 3 (2013), https://www.researchgate.net/publication/235954635_Segnalazioni_alla_Centrale_dei_rischi_e_questioni_di_responsabilita_civile (acceso febrero 5, 2019).

La responsabilidad por el daño de tratamiento de datos personales: dificultades de interpretación en el sistema jurídico italiano

El Decreto Legislativo 196 de 30 de junio de 2003, denominado Código de la Privacidad, regula en Italia el tema de la protección de datos personales. En lo que aquí interesa, consagra en el Artículo 11 las normas generales en la materia de tratamiento de datos y el Artículo 15 contiene las normas concernientes a los daños generados por el tratamiento de datos.

El Artículo 15 del citado decreto fue derogado por el Decreto Legislativo 101 de 10 de agosto de 2018 que, en relación con el resarcimiento del daño por tratamiento de datos personales dispone lo siguiente:

1. Aquel que causa un daño a otro por efecto del tratamiento de datos personales está obligado al resarcimiento en el sentido del artículo 2050 del Código Civil. 2. El daño no patrimonial es resarcible aun en el caso de violación del artículo 11.⁷³

La norma consagra un supuesto especial de responsabilidad civil para el cual el Legislador ha tipificado un ilícito que da lugar a la tutela resarcitoria, comprensiva tanto del daño patrimonial y del daño no patrimonial. Se trata de una norma que ya existía en el anterior Decreto Legislativo 675 de 1996⁷⁴ y que bajo nueva fórmula se reitera en la vigente legislación.

La norma contiene un reenvío al supuesto de responsabilidad por actividad riesgosa o peligrosa que consagra el Código Civil italiano en su Artículo 2050. La aplicación de la responsabilidad objetiva o responsabilidad presunta⁷⁵ a la que remite la norma presupone que el objeto de la tutela de la ley sea la intimidad y la identidad personal de las personas naturales, jurídicas y de cualquier otro ente, de acuerdo con el Artículo 1 del citado Código de la Privacidad.

⁷³ Italia, Parlamento de la República, *Decreto Legislativo 101 de 2018*, "Por el cual se dictan disposiciones para la protección de las personas físicas en relación al tratamiento de los datos personales" (Roma: Gazzeta Ufficiale, 4 de septiembre de 2018), art. 15.

⁷⁴ Patrizia Ziviz, "Trattamento dei dati personali e responsabilità civile: regime previsto dalla L. 675/1996" en *Responsabilità civile e previdenza* (1997); Francesco Busnelli, "Il trattamento dei dati personali nella vicenda dei diritti della persona: la tutela risarcitoria, in Cuffaro-Ricciuto-Zeno Zenconovich" en *Trattamento dei dati e tutela della persona*, eds. Vincenzo Cuffaro, Vincenzo Ricciuto y Vincenzo Zeno Zenconovich (Milán: Giuffrè, 1999).

⁷⁵ La posición que se desprende de la exposición de motivos de la norma del Artículo 2050 del Código Civil italiano no descuida la culpa en la base de la responsabilidad, pues permite al demandado exonerarse de responsabilidad con la prueba de todas las medidas de seguridad adoptadas para evitar el daño. Sin embargo, la posición que prevalece en la doctrina italiana en torno a la citada norma se trata de una responsabilidad objetiva. En este sentido puede verse Pietro Trimarchi, *Rischi e responsabilità oggettiva* (Milán: Giuffrè, 1961).

El tratamiento ilícito de los datos personales constituye el medio por el cual se lesiona el derecho de la personalidad. Puede haber ilicitud en el tratamiento de los datos, pero para que se configure el daño resarcible, debe existir una lesión al derecho de la personalidad.⁷⁶ A propósito del caso concerniente al señalamiento de un deudor en una central de riesgos, la Corte Suprema subrayó que, aun cuando se encuadre el caso en la responsabilidad objetiva, siempre se requiere la existencia de un daño.

En efecto, la prueba del daño es el problema sobre el cual se discute en el caso de la central de riesgos y, en ese sentido, aun cuando se especifica que el banco es responsable del envío indebido a la central de riesgos, conducta que acarreó como consecuencia que se concediera la tutela inhibitoria de la cancelación del nombre del cliente de dicha central, se negó la indemnización por considerarse que este remedio no se generaba de modo automático con la conducta antijurídica.

En suma, el caso de la referencia ilustra cómo, a los fines del resarcimiento del daño, no basta la antijuridicidad de la conducta, consistente en el indebido señalamiento en la central de riesgos, sino que es imprescindible la prueba del daño producido como consecuencia de la conducta ilícita del infractor de la normativa de protección de datos.

Daños resarcibles: el daño patrimonial frente al daño no patrimonial

Si se trata de un supuesto de responsabilidad civil y esta se rige por el principio de la reparación integral del daño, cabe inferir que los daños que padece el interesado de la protección de los datos personales pueden comprender aquellos de naturaleza patrimonial y no patrimonial.

El problema presenta connotaciones particulares en cuanto al resarcimiento del daño no patrimonial, como evidencia la jurisprudencia italiana, de manera clara en el caso examinado sobre el señalamiento en una central de riesgos. En efecto, aquí el recurrente invocó haber padecido un daño moral irremediable, así como una lesión de la reputación personal y comercial; ante dicho argumento, la Corte Suprema destacó que la pretensión había sido planteada de una manera confusa, sin haber esclarecido y probado el tipo de daños invocados.⁷⁷

⁷⁶ Massimo Franzoni, *L'illecito. Trattato della responsabilità civile* (Milán: Giuffrè, 2004), 941.

⁷⁷ Italia, Corte Suprema de Casación, *Sentencia 1931, del 25 de enero de 2017*.

La teoría del daño in re ipsa

En la jurisprudencia italiana se puede observar una orientación que reconoce a los afectados por tratamiento ilícito de datos personales el derecho a una indemnización con el argumento de que la violación de la normativa de protección de los datos personales constituye, de manera automática, un daño resarcible.

Se trata de una orientación jurisprudencial que surgió en el año 2008, conforme a la cual el daño no patrimonial puede ser probado también por la vía de presunciones. Fueron cuatro las sentencias de casación de 2008 que dieron lugar a esta posición y que fueron objeto de múltiples comentarios por parte de la doctrina,⁷⁸ además del Artículo 15, inciso 2, del Código de la Privacidad, norma que prevé expresamente que el daño no patrimonial debe ser resarcido en el caso de vulneración del Artículo 11 del Código. Existe una orientación jurisprudencial según la cual la lesión de la imagen social y profesional configura por sí misma un daño real que se debe indemnizar.⁷⁹ Al invocar la categoría del daño *in re ipsa* por la antijuridicidad del comportamiento del banco, se configura una conducta perjudicial para la actividad económica del afectado, pues se lesiona su reputación. Esta corriente jurisprudencial justifica la indemnización automática del daño no patrimonial, lo que fue censurado en la sentencia recaída en el caso de la central de riesgos que se trajo a colación con el propósito de poner en evidencia la reciente postura crítica de la jurisprudencia italiana de cara a la tesis del automatismo resarcitorio del daño.⁸⁰

De esta manera, se concluye que la jurisprudencia italiana presenta una dualidad de posturas en materia del resarcimiento del daño por vulneración de la normativa de protección de datos personales. Por un lado, existe una corriente jurisprudencial que asume la tesis del daño *in re ipsa*, que no ha sido del todo superada y que es seguida aún por las Cortes de mérito y, por otro lado, una

⁷⁸ Se trata de las sentencias de las Secciones Unidas de la Corte de Casación núm. 26972-5 de 11 de noviembre de 2008, comentadas en Emanuela Navarretta, "Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali", *Responsabilità civile e previdenza* 74, núm. 1 (2009); Dianora Polletti, "La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali", *Responsabilità civile e previdenza* 74, núm. 1 (2009); Renato Scognamiglio, "Il sistema del danno non patrimoniale doppio le Sezioni Unite", *Responsabilità civile e previdenza* 74, núm. 1 (2009).

⁷⁹ Pierangelo Maninetti, "Danno *in re ipsa*: il danno evento è sempre in agguato. Nota a sentenza de Casación Civil de 18 de abril de 2007", *Danno e responsabilità*, núm. 9233 (2008): 587-593.

⁸⁰ Foglia, "Illegittima segnalazione alla centrale dei rischi".

corriente que se va perfilando como prevalente, contrapuesta a la precedente, que exige que concurra la prueba de un daño-consecuencia, derivado de la ilegítima señalación por la central de riesgo;⁸¹ esta última es la asumida por la sentencia de 2017 que resuelve el caso cuyo examen se reporta en el presente capítulo, con el cual se trata de ilustrar la dimensión del problema resarcitorio del daño no patrimonial que se presenta para el derecho italiano con ocasión de un tratamiento ilícito de datos personales por una central de riesgos.

Esta misma línea de orientación jurisprudencial en Italia pone de relieve la necesaria distinción entre el daño-evento y el daño-consecuencia sobre el que se estructura el resarcimiento del daño en el sistema jurídico de ese país.⁸² Sostener que la sola conducta que vulnera la normativa de protección de datos personales encierra en sí misma un daño resarcible supondría reconocer que el resarcimiento se concede no como resultado de la verificación de un daño, sino más bien, a título de una pena privada por la conducta antijurídica,⁸³ cuando la naturaleza del resarcimiento es en realidad compensatoria y no simplemente punitiva.

A todo ello cabe agregar que, en tema de tratamiento ilícito de datos personales, la resarcibilidad del daño se sujeta, además, a la valoración por el juez de un límite mínimo de gravedad de la lesión y seriedad del daño como pérdida de naturaleza personal que ha sido realmente padecida por el interesado, de modo que no basta la sola lesión del derecho fundamental a la protección de los datos personales, de acuerdo con el Artículo 11 del Código de la Privacidad, sino que es necesario que la lesión ofenda de manera sensible el derecho del interesado.

La normativa europea de protección de datos y la responsabilidad civil: el Reglamento general de protección de datos (RGPD) y el resarcimiento de daños

Si bien la experiencia concreta de un sistema jurídico europeo —para el caso del presente capítulo, el derecho italiano— sirve de apoyo en las reflexiones sobre las cuestiones de la responsabilidad civil que se desprenden de la normativa de

⁸¹ Giuglio Ponzanelli, "Il problema delle duplizzazioni: due sentenze della Casazione", *Il corriere giuridico* 8 (2011); Patrizia Ziviz, "La fallacia del principio omnicomprensivo", *Responsabilità civile e prevenzione* (2011).

⁸² Antonino Procida Mirabelli Di Lauro, "Il danno ingiusto, Parte II", *Rivista critica di diritto privato* (2003); Emanuela Navarretta, "Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali", *Responsabilità civile e prevenzione* (2004); Massimo Franzoni, *Dei fatti illeciti* (Bologna: Zanichelli, 1993), 1170.

⁸³ Giovanni Bonilini, "Pena privata e danno non patrimoniale", *Responsabilità civile e prevenzione* (1984): 159-174; Francesco Busnelli, "Verso una riscoperta delle pene private?", *Responsabilità civile e prevenzione* 49 (1984): 26-35.

protección de datos personales, también resulta interesante atender a la propia perspectiva que se desprende directamente del derecho comunitario europeo. En ese plano, surge una normativa reciente que busca armonizar los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea en el campo de la protección de los datos personales. Con este espíritu de unificación se dictó el Reglamento general de protección de datos (RGPD), el 27 de abril de 2016, que entró en vigencia el 25 de mayo de 2018 para aportar y garantizar una tutela más completa en el continente.⁸⁴ La normativa contiene un régimen de responsabilidad aplicable de manera directa en todos los Estados de la Unión Europea y sustituye diversas fuentes legales nacionales que, al implementar la Directiva 95/46/CE, habían previsto un derecho de compensación del daño derivado de infracciones a la normativa de protección de datos.⁸⁵

El actual Reglamento general de protección de datos (RGPD), en su Artículo 82, contempla el derecho de los titulares de datos personales a ser compensados por los daños y perjuicios causados por los responsables o los encargados del tratamiento por incumplimiento de los deberes previstos en el Reglamento.

El texto normativo europeo prevé:

Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos [...]

2. Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable [...].
3. El responsable o encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios.⁸⁶

⁸⁴ Emanuela Rossi, "GDPR e risarcimento del danno per violazione della privacy", <https://www.cyberlaws.it/2018/gdpr-e-risarcimento-del-danno-per-violazione-della-privacy/> (acceso enero 26, 2019).

⁸⁵ Por ejemplo, en España, el mencionado Artículo 82 sustituye al Artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, que contenía el fundamento para las pretensiones indemnizatorias por una infracción de la normativa de protección de datos.

⁸⁶ Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)* (Ciudad, 27 de abril de 2016), art. 82, párr. 1.

Aquí se ha contemplado un supuesto de responsabilidad objetiva, sea del responsable que participe en el tratamiento de datos o del encargado por incumplimiento de los deberes previstos en el Reglamento; en consecuencia, quien invoca la liberación de responsabilidad debe probar una causa totalmente ajena en relación con el tratamiento de los datos por parte del responsable como del encargado. No cabe, pues, en este supuesto de responsabilidad, invocar la ausencia de culpa para liberarse de la responsabilidad.

La importancia de contemplar una protección uniforme y más completa para Europa, que comprenda tanto el campo de la prevención como el de afrontamiento de las consecuencias de daños derivados de la vulneración de las normas de protección de los datos personales, explica la consagración en el Reglamento general de protección de datos vigente desde el año 2018 de un supuesto de responsabilidad civil por infracción de la normativa de protección de datos, según el cual, de conformidad con el Artículo 82 RGPD, deben concurrir unos elementos que a continuación se especifican:

a) La condición de responsable o encargado del tratamiento de datos reclamado; b) una infracción de la normativa sobre protección de datos personales contemplada en la ley; c) los daños y perjuicios sufridos, y d) la relación causal entre la infracción y el resultado dañoso.⁸⁷

Cabe señalar que la legitimación pasiva sobre el responsable o el encargado es una novedad respecto a la Directiva 95/46/CE, de acuerdo con la cual la obligación de indemnizar recaía exclusivamente sobre el responsable, aun por las infracciones cometidas por el encargado del tratamiento por cuenta de aquel; en otros casos, el encargado respondía a la luz del régimen general de la responsabilidad por culpa.⁸⁸ Con el Reglamento europeo es posible que cada quien —responsable o encargado— responda por sus respectivos incumplimientos.

Cuando se expresa que la responsabilidad se deriva de la infracción normativa, es menester recurrir a la identificación de las obligaciones que se han previsto tanto a cargo del responsable como del encargado del tratamiento. Desde este ángulo, pueden existir obligaciones que exigen la consecución de un resultado —como

⁸⁷ Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 2016/679*, art. 82.

⁸⁸ Antonio Rubí Puig, "Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD", *Revista de derecho civil* 5, núm. 4 (octubre-diciembre 2018): 57, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6731461&orden=0&info=link> (acceso enero 27, 2020).

aquella que demanda obtener el consentimiento informado para el tratamiento de los datos—, como las obligaciones que exigen unas determinadas diligencias y cuidados para prevenir la incurrancia en una infracción y generación de daños; en este caso, se trata de las obligaciones de medios.⁸⁹

Una novedad del Reglamento, desde el plano de la resarcibilidad de los daños, está dada por la previsión expresa en el apartado 3.4 de la indemnizabilidad de los daños patrimoniales y de los no patrimoniales. De esta manera, al haberse reconocido sobre todo la indemnizabilidad del daño no patrimonial, se confirma la posibilidad de accionar por el daño moral autónomo, lo que no fue claro en los ordenamientos de los países miembros. Como señala Rubí Puig, el éxito en la prueba de este elemento del supuesto de responsabilidad dependerá del tipo de daños causados, de una predisposición de los jueces al reconocimiento de estos daños no patrimoniales sobre todo y de las doctrinas o reglas en juego para facilitar la prueba, como lo es “la doctrina *in re ipsa* o cierta inercia en la aplicación de la presunción de causación de daños morales en el ámbito de la LO 1/1982 [que] pueden beneficiar la posición del actor”.⁹⁰

Como en todo supuesto de responsabilidad, corresponderá la prueba de la relación causal entre la infracción denunciada y el daño sufrido. Para esta prueba sirven de apoyo los criterios de imputación objetiva, en especial, el criterio del ámbito de protección de la norma. En efecto, pueden tener lugar daños que no resulten de una infracción de la normativa de protección de datos o podría

⁸⁹ Sobre la clasificación de obligaciones de medios y resultado Puede verse Massimo Franzoni, “La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato”, *Responsabilità, comunicazione, impresa*, núm. 2 (1997): 319-335; Valeria de Lorenzi, “Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato”, *Contratto e impresa* 32, núm. 2 (2016): 456-519; Jean Carbonnier, *Droit civil*, Tomo IV: Les obligations (Paris: Themis, 2000), 156 y ss., 288 y ss.; Gilles Genicot, *Droit médical et biomédical* (Bruselas: Larcier, 2010), 336 y ss.; Henri Capitant, “Les effets des obligations”, *Revue trimestrielle de droit civil* (1932), 724 y ss.; Paul Esmein, “Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle”, *Revue trimestrielle de droit civil* (1933), 627 y ss.; G. Marton, “Obligations de résultat et obligations de moyens”, *Revue trimestrielle de droit civil* (1935), 499 y ss.; Luigi Mengoni, “Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi, Parte I”, *Rivista del diritto commerciale*, fasc. 5-6 (1954): 186-248; Olenka Woolcott y Carlos Fernández Sessarego, “La responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación médica es una obligación de medios o de resultado?” en *Derecho Médico. De las nociones fundamentales y la responsabilidad médica*. Tomo II, ed. Carlos Fernández Sessarego (Lima: Instituto Pacífico, 2018), 203-268; Fabrizio Piraino, “Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” ovvero dell’inadempimento incontrovertibile e dell’inadempimento controvertibile”, *Europa diritto privato*, núm. 1 (2008), 132-133.

⁹⁰ Rubí Puig, “Daños”, 59; Antoni Rubí Puig, “Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del Reglamento General de Protección de datos y otras acciones en derecho español”, *Derecho privado y constitución*, núm. 34 (enero-junio 2019): 58-76.

sucedan que se trate de una infracción a una disposición cuyo objetivo no consista en evitar los daños que efectivamente se produjeron, en cuyo caso cabría una separación de los supuestos, para distinguir solo aquel que se encuentre en el campo específico de protección de la normativa.

Los sujetos y la legitimación activa

El texto del Artículo 82 es sumamente amplio, pues se refiere a “toda persona que haya sufrido daños y perjuicios”, de lo que se desprende que las víctimas legitimadas para ejercer la acción lo son por la afectación “directa o indirecta” a sus datos personales y no por la sola calidad de titulares de los datos objeto del tratamiento, titularidad que, en cambio, sí constituye un requisito para la protección de los datos en otros marcos normativos, como la Ley 1581 de 2012, de Colombia.

Para el Reglamento europeo están legitimados para accionar todos aquellos que hayan sufrido daños como consecuencia de una infracción normativa, por lo que se podría inferir la posibilidad de una afectación indirecta de los datos de un titular que no padecería necesariamente el titular de los datos que fueron objeto de tratamiento. En este caso, la persona física afectada debe probar que el tratamiento infractor afectó de manera indirecta sus datos personales. El ejemplo de la revelación de los datos médicos sobre determinadas enfermedades hereditarias de un sujeto que puede llevar a inferir características genéticas, pues constituyen datos personales, de sus padres o de uno de ellos, aunque los datos de estos últimos no hubieran sido tratados por el titular de la base de datos.⁹¹

Los legitimados son personas físicas. La legitimación activa de personas jurídicas se limita a las acciones ejercidas con base en el Artículo 80 LGPD por entidades o asociaciones sin ánimo de lucro, cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y que obren en el campo de la protección de los datos personales, a las que los interesados les hubieran conferido mandato para reclamar los daños y perjuicios, por ejemplo, mediante una acción colectiva.⁹²

⁹¹ El ejemplo es propuesto por Rubí Puig, “Daños”, 61.

⁹² Puede verse, Antonio Troncoso Raigada, “Reutilización de información pública y protección de datos personales”, *Revista general de información y documentación* 19 (2009): 243-264, <https://core.ac.uk/download/pdf/38822134.pdf> (acceso febrero 2, 2020).

A modo de consolidar cuanto se desprende del texto comunitario, cabe traer a colación el Considerando 146 del RGPD, que alude al derecho de los “interesados” a recibir una indemnización total y efectiva de los daños sufridos. Igual mención a los “interesados” hacen los Artículos 77 y 70 RGPD, y el Artículo 4.1 RGPD define al “interesado” como una persona identificada o identificable. En suma, el interesado debe ser un titular de datos que puede sufrir de manera directa o indirecta la afectación a sus datos personales por obra de un tratamiento ilícito.

Sujetos responsables: el responsable y el encargado del tratamiento

Para el RGPD el responsable del tratamiento es el sujeto principal sobre el que recae la responsabilidad por los daños derivados de una infracción normativa. Se trata del sujeto que decide sobre los medios y los fines del tratamiento. Si se parte de la premisa de que el Reglamento europeo contempla la actividad de tratamiento de datos como un riesgo, es coherente la posición que adopta sobre la calificación del responsable como responsable último de todos los daños que representen la materialización de los mencionados riesgos,⁹³ de allí también que se derive la opción del Legislador europeo por una regla de responsabilidad objetiva por los daños así derivados.

¿Responsabilidad objetiva por infracción a la normativa de protección de datos personales?

Hay un riesgo inherente en las operaciones de tratamiento de datos personales.⁹⁴ Las actividades de tratamiento de datos involucran un sujeto —persona natural o jurídica— que realiza dichas actividades que encierran un contenido económico en la mayor parte de los casos y, en otros, con un fin no lucrativo, pero siempre hay un sujeto que obtiene beneficio de la actividad que ejecuta. Desde este entendido,

⁹³ Sobre la discusión de la imputación por riesgo en España, Encarna Roca Trías, “El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *Indret* 4 (2009): 1-17, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/688_es.pdf (acceso febrero 3, 2019); Sobre la Ley Orgánica de Protección de datos en España y la responsabilidad derivada del tratamiento de datos personales Puede verse: Pedro Grimalt Servera, *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales* (Granada: Comares, 1999), 153.

⁹⁴ Raphaël Maurice Gellert, “Understanding Data Protection Risk Regulation”, *Journal of Internet Law* (2015): 3-15.

los efectos que pueda tener el tratamiento para el titular de los datos, que de manera directa o indirecta puede verse afectado por dicha actividad, deben pesar sobre quien ejecuta y, de alguna manera, obtiene beneficio de ella. De allí que la regla de la imputación objetiva de responsabilidad se concilie con la realidad de los daños que se puedan derivar y deban ser atribuidos al sujeto responsable.

Si bien rige una regla de responsabilidad objetiva, la práctica jurisprudencial ha evidenciado la tendencia a la aplicación de una llamada responsabilidad semi objetiva, de la cual el caso italiano es paradigmático,⁹⁵ o el recurso a las presunciones⁹⁶ que, desde antes del RGPD, se inclinaron por el abandono de la responsabilidad por culpa en este campo.

Se asiste, pues, a un caso concreto que puede expresar lo que se ha explicado en otra sede sobre “las arenas movedizas de la imputación de la responsabilidad”,⁹⁷ en el sentido de encontrar en la imputación de los daños por tratamiento de datos personales un movimiento que oscila entre la responsabilidad civil objetiva y la responsabilidad por culpa, toda vez que la determinación de la infracción supone y, mejor aún, exige un examen de la conducta y, en ella, la necesidad de verificar qué obligación y de qué tipo fue la que se incumplió, de acuerdo con la normativa de protección, es decir, si es una obligación de medios o de resultado.⁹⁸ De ser el primer caso —el incumplimiento de unas obligaciones de medios—, la determinación de la infracción revelaría visos de un examen subjetivo de la conducta del infractor, sin afectar con esta determinación la naturaleza objetiva de la responsabilidad, pues asentada la infracción y su relación causal con el

⁹⁵ Francesco Donato Busnelli, “Le nuove frontiere della responsabilità civile”, *Rivista critica di diritto privato* (1988): 469; “Itinerari europei nella ‘terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte”, *Contratto e impresa* 2, núm. I (1991): 41-55.

⁹⁶ Olenka Woolcott et al., *La modernización de las instituciones del derecho civil: responsabilidad civil, propiedad y contrato*, (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018), 271-288.

⁹⁷ Sobre los movimientos que afronta la responsabilidad civil en el derecho colombiano y a la luz del derecho comparado, Olenka Woolcott et al., *Estudios Contemporáneos de derecho privado: Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018), 53-84.

⁹⁸ Por ejemplo, la obligación de información, la de obtención del consentimiento, las de proteger el derecho de acceso, el de rectificación, el de oposición, el de supresión de los datos configuran obligaciones de resultado, en tanto el deber de adoptar la diligencia exigible es una obligación de medios. Puede verse, Brendan Van Alsenoy, “Liability under EU Data Protection Law, from Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 7, núm. 3 (2016).

daño generado se genera una presunción de responsabilidad susceptible de ser desvirtuada con la prueba de la ruptura causal.⁹⁹

En efecto, se puede afirmar que se está frente a un supuesto de responsabilidad objetiva desde que, una vez determinada la infracción de la norma de protección de datos personales, el responsable debe asumir la indemnización de los daños, así logre probar su comportamiento diligente o que no conocía o no podía saber que él o el encargado del tratamiento infringía el RGPD.

Sin embargo, si se trata de un supuesto de responsabilidad que tiene su núcleo en la infracción normativa, sucede que, como en materia de infracciones de propiedad intelectual, será necesario establecer que se ha cometido una infracción.¹⁰⁰ En este punto podría pensarse en discutir la naturaleza objetiva de la responsabilidad, toda vez que la configuración de la “infracción” encierra matices de subjetividad, al exigir una valoración de la conducta del infractor. Dicha determinación implica una valoración previa de la conducta infractora y, por ende, una valoración subjetiva que se traduce en los criterios de previsibilidad y gravedad, en el sentido de que la responsabilidad se sustentará en “el control de los riesgos susceptibles de generar un daño y sobre su previsibilidad *ex ante*”.¹⁰¹

Otro criterio para determinar la obligación de adoptar las medidas técnicas adecuadas para proteger los derechos de los interesados está dado por los riesgos de diversa probabilidad de ocurrencia y gravedad que comporta un determinado tratamiento de datos, de acuerdo con lo contemplado por el Reglamento europeo en su Artículo 25.1.

⁹⁹ En el sentido de afirmar una responsabilidad objetiva por el tratamiento ilícito de datos personales no obstante reconocer que la responsabilidad habrá de fundarse en el control de los riesgos susceptibles de generar un daño y en la previsibilidad *ex ante*, puede verse: Pablo Salvador Coderch, Nuno Garoupa y Carlos Gómez Ligüerre, “Scope of Liability: The Vanishing Distinction between Negligence and Strict Liability”, *European Journal of Law and Economics* 28, núm. 3 (2009): 257-287. En el sentido contrario, más bien de afirmar la existencia de una responsabilidad subjetiva en el supuesto de responsabilidad que ha contemplado el Reglamento europeo de protección de datos personales, puede verse, Eva María Nieto Garrido, “Derecho a indemnización y responsabilidad” en *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, coord. José Luis Piñar Mañas, María Álvarez Caro y Miguel Recio Gayo (Madrid: Reus, 2016): 555-570. La autora considera que el Legislador europeo ha optado por un régimen de responsabilidad subjetiva, lo que implica que es necesaria la verificación del dolo o de la culpa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento según sea el caso.

¹⁰⁰ Sobre la indemnización por infracción a derechos de propiedad intelectual, puede verse, Olenka Woolcott y Germán Flórez, *Protección del derecho de autor. Implicaciones del TLC entre Colombia y Estados Unidos* (Bogotá: Astrea, 2015).

¹⁰¹ Salvador Coderch, “Scope of Liability”, 257-287.

De cuanto se aprecia de los criterios que conducen a una determinación de la infracción a la normativa de protección de datos en el Reglamento europeo, se observa que el Legislador europeo armoniza con los planteamientos que se han venido formulando en la línea de la armonización del derecho europeo de daños, específicamente sobre la determinación de algunos supuestos de responsabilidad civil, tal como se desprende de algunos documentos europeos, como el relativo a los Principios europeos de derecho de daños, conocido por sus siglas en inglés como los PETL.¹⁰²

Causales de exclusión de la responsabilidad

De acuerdo con el Reglamento europeo, una vez acreditada la infracción de la normativa de protección de datos, para exonerarse de responsabilidad, los responsables y encargados pueden invocar y probar “que no son en modo alguno responsables del hecho que hubiera causado los daños y perjuicios”.¹⁰³

Las causas de exclusión de responsabilidad han sido establecidas en el RGPD; sin embargo, hay dos situaciones en las que deviene inútil invocarlas y probarlas. Se trata de la situación en la que el demandante carece de pruebas para acreditar la infracción normativa y la otra situación se presenta cuando el demandado logra acreditar que no se configuró la infracción, con lo cual se estaría fuera del supuesto contemplado en el Artículo 82 RGPD.

— Ausencia de antijuridicidad

Dada la necesaria concurrencia de una infracción normativa en el presente supuesto de responsabilidad, el demandado podrá probar la ausencia de antijuridicidad para excluir su responsabilidad, al negar y probar la ausencia de la ilicitud de la conducta imputada en una determinada operación de tratamiento de datos personales, sea con la prueba del ejercicio legítimo de un derecho, del cumplimiento de un deber, de la asunción de riesgo o del consentimiento del afectado.

— Ausencia de relación causal

La prueba de la falta de participación en la producción del daño excluye la responsabilidad, toda vez que estarían probando que no son responsables del hecho

¹⁰² Un estudio sobre los criterios de imputación de la responsabilidad en clave europea se puede apreciar en Miquel Martín-Casals, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario* (Navarra: Thompson-Aranzadi, 2008).

¹⁰³ Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento 2016/679, art. 82.3.*

que causó los daños, de acuerdo con el Artículo 82.3 RGPD. En efecto, aun cuando pueda existir la infracción de la normativa, el demandado puede excluir su responsabilidad con la prueba de la no participación causal en el hecho dañoso.

La citada norma se refiere a las causas habituales en aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva: la fuerza mayor y la culpa exclusiva de la víctima. Se sigue la línea que marcó la Directiva 95/46/CE, en la que se contemplaron como ejemplos de la exoneración de responsabilidad tanto de la conducta del propio interesado o el caso de fuerza mayor.

Se trata de demostrar, para excluir la responsabilidad, que los daños producidos no eran los que la norma infringida buscaba evitar, por deberse más bien a una causa exógena que no se podía ni se debía controlar.

A diferencia de la postura de la Comisión Europea,¹⁰⁴ la opción del Legislador europeo por la responsabilidad objetiva del responsable o encargado del tratamiento de datos, tal como se asumió en la Directiva 95/46/CE, no admite la prueba de la ausencia de culpa para la exoneración de responsabilidad, es decir, la prueba de las medidas adecuadas para evitar el daño no es suficiente para una pretendida exclusión de responsabilidad por parte de los demandados.

A modo de conclusión de este apartado dedicado al examen de supuesto de responsabilidad objetiva, se puede apreciar que el demandado cuenta con dos momentos para defenderse ante una imputación de responsabilidad por datos personales. Por un lado, desde el plano de la infracción misma, en el sentido de que la falta de prueba de uno de sus elementos constitutivos, de acuerdo con los deberes especificados en la normativa, conlleva la inexistencia de infracción y, por consiguiente, ausencia de antijuridicidad, sin la cual en este supuesto de responsabilidad no se responde. Por otro lado, desde el plano de la relación causal, el demandado puede probar que hubo una causa externa a la infracción que fue determinante en la generación del daño.

¹⁰⁴ La Comisión Europea contempló la posibilidad de que el responsable pudiera invocar haber adoptado "las medidas apropiadas" para exonerarse de responder. Así el Artículo 21.2 en la propuesta acompañada a la Comunicación de la Comisión sobre la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales en la Comunidad y a la seguridad de los sistemas de información. Comisión Europea, 8(COM(90) 314 final – SYN 288 (Bruselas, 24 de septiembre de 1990), 3; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)* (Bruselas, 25 de enero de 2012).

Se advierte finalmente que, a partir de la determinación de la infracción, queda claro el carácter objetivo del supuesto de la responsabilidad, no obstante la complejidad de la determinación de la infracción en sí misma considerada,¹⁰⁵ para la cual sí pueden intervenir en su configuración elementos de juicio de matiz subjetivo.

La responsabilidad activa o proactiva (accountability)

Otra infracción normativa que puede dar lugar a los daños a los que se refiere el mencionado Artículo 82 del RGPD consiste, en términos generales, en el incumplimiento del principio general de responsabilidad activa o proactiva —accountability—. Se trata de un principio de responsabilidad consagrado en los Artículos 5.2 y 24.1 RGPD, que obliga al responsable a controlar el cumplimiento de la normativa de protección de datos (compliance), mediante la implementación de acciones que demuestren que los riesgos que conlleva el tratamiento de datos no vulneran lo dispuesto en el Reglamento. Este control se reflejará en una serie de medidas técnicas y de organización que ha de asumir el responsable del tratamiento para evitar que los riesgos de esta actividad puedan afectar el cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Es una fórmula amplia y general que traduce el deber de responsabilidad activa y, en virtud de la flexibilidad y amplitud interpretativa que sugiere, sirve de base para comprender un gran número de daños que pueden desprenderse del ejercicio de un tratamiento de datos.

La ausencia de las referidas medidas de seguimiento y control puede determinar que el responsable del tratamiento responda por los daños generados, en la medida en que sean concreción del riesgo contemplado en la norma. Así las cosas, si bien el Reglamento postula un supuesto general de responsabilidad objetiva por riesgo, a la luz de esta particular norma llamada accountability, se puede observar que el criterio de imputación objetivo del campo de protección de la norma, para los fines de la responsabilidad civil, tendrá en la aplicación de los casos un matiz mucho más moderado, en contraste con aquellos supuestos en

¹⁰⁵ La citada complejidad de la infracción es similar al supuesto de indemnización por infracción a normas de propiedad intelectual que comprende el TLC Colombia-Estados Unidos. Puede verse Luis Plata López, *Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor* (Barranquilla: Uninorte, 2010). Para el derecho francés, puede verse, Frédéric Pollaud-Dulian, "LOI n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon", *Revue Trimestrielle de droit commercial* (2008).

los que la norma define la conducta debida de manera más específica y directa, como sucede con las normas que prohíben determinadas conductas. En cambio, bajo el mencionado principio, exige la adopción de unas medidas técnicas y organizativas, las cuales deben ser revisadas y actualizadas según sea necesario y acorde con las exigencias del caso concreto.¹⁰⁶

La responsabilidad del responsable de los datos por el hecho del encargado del tratamiento de estos

De modo especial, el Reglamento ha previsto la responsabilidad objetiva por daños que se derivan de un tratamiento ilícito de datos personales basada en la obligación de responder que pesa sobre el responsable por los daños generados por el encargado del tratamiento. En efecto, el responsable del tratamiento responde ante el titular de los datos por los daños derivados de una infracción cometida tanto a título personal como por el encargado del tratamiento (apartados 2 y 4 del citado Artículo 82 del RGPD), sin poder alegar su diligencia en la selección o vigilancia del encargado como medio de defensa.

Se trata de un supuesto de responsabilidad indirecta por el hecho de otro: quien es responsable del control pleno de toda la actividad de tratamiento de datos debe hacerlo no solo respecto a sus propios actos y a las obligaciones que asume directamente de acuerdo con la normativa, sino también a las acciones del encargado del tratamiento. Como se anotó, la norma en referencia no le da la posibilidad al responsable de la actividad de liberarse de responsabilidad con la prueba de la diligencia desplegada en la selección y vigilancia del encargado del tratamiento, de lo cual se desprende la naturaleza objetiva de la responsabilidad.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Se entiende que el llamado principio de responsabilidad activa o proactiva, contenido en el Reglamento europeo de 2016, constituye una cláusula general que engloba una serie de comportamientos que deben ser realizados para evitar que se produzcan los daños a propósito de un tratamiento de datos. Es una cláusula general del tipo del principio general de la responsabilidad por culpa que contienen los regímenes de responsabilidad civil derivados de la matriz francesa. Puede verse: Giovanna Visintini, *Tratado de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Astrea, 1999); Geneviève Viney, *Les obligations. La responsabilité: conditions* (París: LGDJ, 1959), 693; Mireille Bacache-Gibeili, *Traité de droit civil: Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*. Tomo 5 (París: Economica, 2012).

¹⁰⁷ El Reglamento europeo acoge una tendencia jurisprudencial de la responsabilidad por el hecho de otro, cuando media encargo o cuando el daño se deriva de un acto realizado en el marco de una relación de dependencia. La tendencia jurisprudencial consiste en prescindir casi por completo de la existencia de una culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. Así, el hecho del subordinado "comprende la responsabilidad del principal porque es el titular de la actividad en el ámbito de la cual toma personas a su servicio, y no porque

La figura del encargado del tratamiento

Aquí hay una innovación respecto a la Directiva 95/46/CE, pues a partir del RGPD se califica al encargado del tratamiento (processor) como potencial responsable por los daños derivados del incumplimiento de la norma de protección de datos o de las instrucciones recibidas del responsable. El Artículo 4 RGPD define al encargado como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

En cambio, la Directiva delegó a los Estados miembros la determinación de la responsabilidad del encargado de acuerdo con las normas que implementara la Directiva de 1995 en los respectivos derechos internos.

La inclusión expresa de la figura del encargado en la legitimación pasiva extiende el campo de protección, pues permite que la víctima lo demande por los daños resultantes de la violación de la normativa de protección. Esta extensión, en el plano de la legitimidad pasiva, se justifica además en la consideración de que los encargados del procesamiento de datos son, por lo general, grandes empresas que están en la capacidad de reducir el riesgo de insolvencia o, al menos, estos riesgos son menores al de un responsable del tratamiento.¹⁰⁸

De acuerdo con el RGPD, la responsabilidad del encargado del tratamiento se sustenta en el incumplimiento de las obligaciones que le corresponden; hay que tener en cuenta que la nueva normativa amplió los deberes de los encargados que estaban contemplados en la Directiva y les atribuye una posición de control y supervisión superior a la que tenían. En este sentido, el encargado y el responsable tienen a su cargo obligaciones de medio y de resultado.¹⁰⁹ Al igual que en el caso del responsable del tratamiento de datos, buena parte de las obligaciones requieren

tenga la posibilidad de controlar al empleado o de efectuar una elección al contratarlo. Por consiguiente, el principal responde porque asume el riesgo de una iniciativa económica, y no porque se le pueda reprochar una culpa en la elección o en la vigilancia del dependiente", Visintini, *Tratado*, 329. Puede verse también Annamaria Galopini, "La responsabilità dei padroni e dei committenti", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1968): 1209; Alberto Russo, "La responsabilità dei padroni e dei committenti nel contratto di somministrazione di lavoro: una comparazione tra Italia e Francia", https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/4986/mod_resource/content/1/1929WP_06_29.pdf (acceso febrero 5, 2019).

¹⁰⁸ En este, quien tiene la capacidad para distribuir los riesgos de la actividad de procesamiento de datos es, en realidad, la empresa encargada de esta tarea. Para fundamentar esta responsabilidad objetiva por riesgo, puede verse Trimarchi, *Rischio*.

¹⁰⁹ Joseph Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965); Viney, *Les obligations*.

de una valoración subjetiva sobre si se adoptaron las medidas adecuadas, si se emplearon los esfuerzos razonables o si se cumplió con el grado de diligencia exigible en atención a los daños esperables de un tratamiento personal de datos. Sin embargo, cabe destacar que el carácter de la responsabilidad objetiva del encargado del tratamiento no se ve afectado por estas consideraciones subjetivas que se tienen en el momento de la determinación de la infracción.¹¹⁰ Existen también obligaciones de resultado, cuyo incumplimiento dará lugar a la infracción normativa, suficiente para fundar el deber de compensar los daños derivados (ej. arts. 28.3 y 29, RGPD).

Las relaciones entre encargado y responsable

En general, el contrato establece las instrucciones para el encargado del tratamiento y esta especificidad puede perseguir la exclusión de su responsabilidad para desplazarla hacia el responsable del tratamiento. Las relaciones entre encargado y responsable se establecen mediante contratos de adhesión, en los cuales los encargados buscan trasladar a los responsables del tratamiento los deberes de supervisión y seguimiento de los datos personales y, por ende, la responsabilidad por daños. Sin embargo, el Reglamento europeo ha sido claro en cuanto a los deberes para responsables y encargados del tratamiento, de manera que, si se infringe la normativa, se puede incurrir en responsabilidad por los daños derivados.

La relación jurídica contractual que existe entre el responsable y el encargado —esto es, sus cláusulas, que podrían consistir en exclusiones de responsabilidad— no puede perjudicar la responsabilidad frente a la víctima de un daño derivado de la infracción a la normativa de datos. En primer lugar, el principio de relatividad contractual rige para las partes; en consecuencia, el tercero no debería verse afectado por las cláusulas de exclusión de responsabilidad. Desde luego, el responsable originario del tratamiento no podría excusar su responsabilidad invocando un tratamiento ajeno de datos personales desplegado por un contratista independiente en atención de sus deberes indelegables de control y seguimiento.¹¹¹

¹¹⁰ Una problemática similar en la determinación de la infracción y la consiguiente responsabilidad se puede apreciar con ocasión de la indemnización derivada de una infracción de la normativa de propiedad intelectual. Puede verse Woolcott y Flórez, *Protección*.

¹¹¹ Rubí Puig, "Daños", 58-76.

Si los daños se derivan de la infracción de un deber que solo corresponde al responsable del tratamiento, el encargado puede exonerarse de responsabilidad de conformidad con el Artículo 82.2 RGPD. En efecto, el Reglamento le atribuye responsabilidad solo al encargado por el incumplimiento de las obligaciones que le han sido establecidas o, por otro lado, al responsable, por infracción a los deberes que el Reglamento le impone. En otros términos, el encargado responde por los deberes que caen en su esfera de control.

Si el incumplimiento es del encargado del tratamiento exclusivamente, responden ambos sujetos solidariamente frente a la víctima, de acuerdo con el Artículo 82.4 RGPD. De esta manera, la responsabilidad es más amplia que en el caso anterior, toda vez que comprende los incumplimientos del encargado. Es de notar que esta responsabilidad no se cimenta en la violación de la diligencia debida en la selección o vigilancia de la conducta del encargado, lo que en doctrina se conoce como la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando*, sino en el deber de asumir todos los daños que puedan derivarse del tratamiento de datos.

El RGPD ha previsto un régimen de responsabilidad solidaria en su Artículo 82.4 para casos en los que la responsabilidad se derive de un incumplimiento exclusivo del encargado, de lo cual resultan responsables solidarios frente a la víctima el encargado y el responsable del tratamiento de datos. Se puede apreciar de la referida solución que adopta el Legislador europeo que quien tiene las riendas del control y de la vigilancia del tratamiento de datos se convierte en el “garante” respecto a los actos que ejecute el encargado. Existe una notoria posición que pretende reforzar la situación débil en la que se encuentra el titular de los datos que puede verse afectado por esta doble participación —responsable y encargado— en el tratamiento de sus datos personales. Nótese que no se exige una relación de dependencia o subordinación entre responsable y encargado para que se configure la responsabilidad por el hecho de otro a cargo del responsable del tratamiento; con este supuesto de responsabilidad indirecta del responsable por el hecho del encargado se evidencia que lo que cuenta es que exista una previa relación entre ellos a partir de la cual se encarga una labor que beneficia la actividad que controla el primero —el responsable—. ¹¹² Contrario

¹¹² Una explicación sobre la relación de dependencia como base o criterio de imputación de la responsabilidad por hecho de otro y su ámbito de operatividad se halla en Mario Bessone, “Rapporto di preposizione e ámbito di operatività dell’art. 2049 Cód. Civ. Negli orientamenti della giurisprudenza”, *Rivista giuridica della circolazione*

a los intereses de la víctima sería optar por una responsabilidad por partes en la que el responsable pueda exonerarse con la prueba de la intervención exclusiva del encargado.

Daños indemnizables

El Reglamento europeo de protección de datos se refiere de manera genérica a la posibilidad de derivarse daños como consecuencia de una infracción a la normativa de protección y poder tratarse de daños y perjuicios materiales o inmateriales.

La norma del Artículo 82.1 es clara al referirse a los daños materiales e inmateriales,¹¹³ de acuerdo con lo que se desprende de la mencionada norma, con la cual se inicia el presente examen en el Artículo 4. Se infiere del texto normativo que, en atención al principio de la reparación integral, también tiene lugar el daño no patrimonial¹¹⁴ como objeto de la indemnización. El Considerando 146 RGPD se refiere al principio de la reparación integral, al establecer el derecho del perjudicado a recibir “una indemnización total y efectiva por los daños y perjuicios sufridos”. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia europeo ha precisado que el concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en el sentido más amplio, según la jurisprudencia de este Tribunal y con base en una interpretación extensiva y pro afectado. Estos lineamientos han permitido que el Tribunal recurra a la inversión de la carga de la prueba de la culpa del demandado para obtener indemnización.

Por su parte, el Considerando 75 RGPD se refiere a los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables que pueden deberse al tratamiento de datos personales en una serie de casos que se mencionan por extenso.

e dei trasporti (1982): 48-62. En esta línea de una responsabilidad solidaria, la Ley española de 2018 sobre protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018), de 5 de diciembre, ha contemplado una regla de responsabilidad solidaria entre responsable y encargado del tratamiento, así como entre estos y sus representantes en la Unión Europea (art. 30.2).

¹¹³ Sobre las dificultades en torno a la indemnización del daño moral, puede verse Fernando Gómez Pomar e Ignacio Marín García, *El daño moral y su cuantificación* (Madrid: Bosch, 2017), 29-71.

¹¹⁴ Daniel Solove y Danielle Citron, “Risk and Anxiety: A Theory of Data-Breach Harms”, *Texas Law Review* 96 (2018): 737-786, <https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2018/03/Solove.pdf> (acceso enero 20, 2019).

